



IAIC



DGBIC



CREDA

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

FONDATA E DIRETTA DA

Alberto M. Gambino

TRA DATA PROTECTION E PRIVACY:

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino,
Giorgio Resta, Salvatore Sica

10 maggio 2023

ChatGPT tra *data protection* e *privacy*:
il caso di fronte al garante per la protezione dei dati personali
Alberto Gambino e Elena Maggio

COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa, Fernando Bocchini, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi,
Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia, Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini,
Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario, Roberto Mastroianni,
Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso, Luca Nivarra,
Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini

E

Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan,
David Lametti, Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho,
Maria Páz Garcia Rubio, Patrick Van Eecke, Hong Xue

 Nuova
Editrice
Universitaria

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (IAIC) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'IAIC.

Comitato dei Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), LUCIANA D'ACUNTO (Un. Federico II), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), GILBERTO NAVA (Un. Europea di Roma), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.

2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.

3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.

4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione – www.dimt.it – dimt@unier.it

ANTONINA ASTONE, MARCO BASSINI, CHANTAL BOMPRESZI, VALENTINA DI GREGORIO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FERNANDA FAINI, MASSIMO FARINA, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MARIA PIA PIGNALOSA, MATILDE RATTI, ANDREA STAZI (Coordinatore)

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.8083855, fax 06.8070483, www.iaic.it, info@iaic.it

CHATGPT TRA DATA PROTECTION E PRIVACY: IL CASO DI FRONTE AL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

di

*Alberto Gambino e Elena Maggio**

SOMMARIO: 1. I provvedimenti del Garante Privacy nei confronti di OpenAI per il servizio ChatGPT – 2. L’informativa del 27 aprile 2023 – 3. Il difficile rapporto tra informativa e IA– 4. Le verifiche sulle modalità di trattamento dei dati e prospettive di riforma del quadro normativo

1. I provvedimenti del Garante Privacy nei confronti di OpenAI per il servizio ChatGPT

Il Garante per la protezione dei dati personali con provvedimento del 30 marzo 2023, n. 112, ha ordinato alla OpenAI L.L.C., società statunitense sviluppatrice e gestrice di ChatGPT, la misura della limitazione provvisoria del trattamento. Il provvedimento era stato adottato d’urgenza ai sensi dell’art. 58 GDPR rilevando a) *“che non viene fornita alcuna informativa agli utenti, né agli interessati i cui dati sono stati raccolti da OpenAI, L.L.C. e trattati tramite il servizio di ChatGPT”*, b) *“l’assenza di idonea base giuridica in relazione alla raccolta dei dati personali e al loro trattamento per scopo di addestramento degli algoritmi sottesi al funzionamento di ChatGPT”*, c) *“che il trattamento di dati personali degli interessati risulta inesatto in quanto le informazioni fornite da ChatGPT non sempre corrispondono al dato reale”*.

Inoltre, il provvedimento era stato adottato per *“l’assenza di qualsivoglia verifica dell’età degli utenti in relazione al servizio ChatGPT che, secondo i*

* Il presente contributo è da considerarsi frutto della riflessione comune degli Autori, tuttavia, il paragrafo 4 è da attribuire ad A.M. Gambino, mentre i paragrafi 1, 2 e 3 sono da attribuire a E. Maggio.

termini pubblicati da OpenAI L.L.C., è riservato a soggetti che abbiano compiuto almeno 13 anni” che “espone gli stessi a risposte assolutamente inidonee rispetto al grado di sviluppo e autoconsapevolezza degli stessi”.

Il provvedimento ha avuto un forte impatto sulla Società che, anche alla luce del rilevante presidio sanzionatorio e delle violazioni contestate degli articoli 5, 6, 8, 13 e 25, ha provveduto a sospendere l’accesso per gli utenti italiani, attivandosi, tuttavia, per ottemperare alle richieste del Garante. Come risulta dai comunicati stampa del Garante un primo incontro tra le parti si è svolto il 5 aprile nel quale *“OpenAI si è impegnata a rafforzare la trasparenza nell’uso dei dati personali degli interessati, i meccanismi esistenti per l’esercizio dei diritti e le garanzie per i minori e ad inviare al Garante entro oggi un documento che indichi le misure che rispondano alle richieste dell’Autorità”.*

Le misure sottoposte all’esame del Garante con note del 6 e 7 aprile sono state discusse nella seduta del Consiglio dell’11 aprile. Nel provvedimento di pari data, n. 114, il Garante ha individuato le azioni correttive che OpenAI è chiamata a porre in essere:

“1. predisporre e pubblicare sul proprio sito internet un’informativa che, nei termini e con le modalità di cui all’art. 12 del Regolamento, spieghi agli interessati anche diversi dagli utenti del servizio ChatGPT, i cui dati sono stati raccolti e trattati ai fini dell’addestramento degli algoritmi, le modalità del trattamento, la logica alla base del trattamento necessario al funzionamento del servizio, i diritti loro spettanti in qualità di interessati e ogni altra informazione prevista dal Regolamento;

2. mettere a disposizione, sul proprio sito Internet, almeno agli interessati, anche diversi dagli utenti del servizio, che si collegano dall’Italia, uno strumento attraverso il quale possano esercitare il diritto di opposizione rispetto ai trattamenti dei propri dati personali, ottenuti da terzi, svolti dalla società ai fini dell’addestramento degli algoritmi e dell’erogazione del servizio;

3. mettere a disposizione, sul proprio sito Internet, almeno agli interessati, anche diversi dagli utenti del servizio, che si collegano dall’Italia, uno strumento attraverso il quale chiedere e ottenere la correzione di eventuali dati personali che li riguardano trattati in maniera inesatta nella generazio-

ne dei contenuti o, qualora ciò risulti impossibile allo stato della tecnica, la cancellazione dei propri dati personali;

4. inserire un link all'informativa rivolta agli utenti dei propri servizi nel flusso di registrazione in una posizione che ne consenta la lettura prima di procedere alla registrazione, attraverso modalità tali da consentire a tutti gli utenti che si collegano dall'Italia, ivi inclusi quelli già registrati, al primo accesso successivo all'eventuale riattivazione del servizio, di prendere visione di tale informativa;

5. modificare la base giuridica del trattamento dei dati personali degli utenti ai fini dell'addestramento degli algoritmi, eliminando ogni riferimento al contratto e assumendo come base giuridica del trattamento il consenso o il legittimo interesse in relazione alle valutazioni di competenza della società in una logica di accountability;

6. mettere a disposizione, sul proprio sito Internet, almeno agli utenti del servizio, che si collegano dall'Italia, uno strumento facilmente accessibile attraverso il quale esercitare il diritto di opposizione al trattamento dei propri dati acquisiti in sede di utilizzo del servizio per l'addestramento degli algoritmi qualora la base giuridica prescelta ai sensi del punto 5 che precede sia il legittimo interesse;

7. in sede di eventuale riattivazione del servizio dall'Italia, inserire la richiesta, a tutti gli utenti che si collegano dall'Italia, ivi inclusi quelli già registrati, di superare, in sede di primo accesso, un age gate che escluda, sulla base dell'età dichiarata, gli utenti minorenni;

8. sottoporre al Garante, entro il 31 maggio 2023, un piano per l'adozione di strumenti di age verification idoneo a escludere l'accesso al servizio agli utenti infratredicenni e a quelli minorenni in assenza di un'espressa manifestazione di volontà da parte di chi esercita sugli stessi la responsabilità genitoriale. L'implementazione di tale piano dovrà decorrere, al più tardi, dal 30 settembre 2023;

9. promuovere, entro il 15 maggio 2023, una campagna di informazione, di natura non promozionale, su tutti i principali mezzi di comunicazione di massa italiani (radio, televisione, giornali e Internet) i cui contenuti andranno concordati con il Garante, allo scopo di informare le persone dell'avvenuta probabile raccolta dei loro dati personali ai fini

dell'addestramento degli algoritmi, dell'avvenuta pubblicazione sul sito internet della Società di un'apposita informativa di dettaglio e della messa a disposizione, sempre sul sito internet della Società, di uno strumento attraverso il quale tutti gli interessati possono chiedere e ottenere la cancellazione dei propri dati personali;”.

Il Garante ha ritenuto di poter “sospendere l’efficacia del proprio provvedimento di limitazione provvisoria a far data dall’adempimento delle prescrizioni da 1 a 7”, indicando un termine congruo il 30 aprile 2023.

2. L’informativa del 27 aprile 2023 apparsa sul sito ChatGPT

Prima della scadenza del termine assegnato, segnatamente il 27 aprile 2023, OpenAI ha pubblicato sulla pagina di registrazione e accesso a ChatGPT la prescritta informativa ai sensi dell’art. 12 GDPR, anche se, giova rilevarsi, in nessun punto della stessa viene richiamato il GDPR, mentre è rinvenibile un richiamo al “California privacy rights”¹.

Quanto all’indicazione dei dati che sono raccolti e trattati ai fini dell’addestramento degli algoritmi, la Società li suddivide in “*Account Information*”, quali nome, credenziali e informazioni contrattuali, “*User Content*”, ossia tutti i dati relativi agli input, ai file output e ad eventuali feedback sugli stessi, “*Communication Information*”, quali i dati forniti in eventuali richieste rivolte alla Società (non al Servizio), e, infine, “*Social Media Information*”, ossia i dati forniti sui profili social della Società.

Viene poi chiarito che quando un utente visita, usa e interagisce con il Servizio vengono raccolti per ogni singola visita “*Technical Information*” che si compongono di “*Log Data*”, dati tecnici relativi al log-in e a data e orario di connessione, “*Usage Data*”, quali dati relativi al contenuto richiesto, le funzionalità del Servizio attivate e le azioni compiute, “*Device Information*”, relative al tipo di *device* utilizzato per accedere al Servizio, “*Coo-*

¹ Sul punto E. Terolli, *Privacy e protezione dei dati personali UE vs USA. Evoluzioni di diritto comparato e il trasferimento dei dati dopo la sentenza “Schrems II”*, in *Il Diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1/2021, pp. 49-80

kies” e “*Analytics*”, utilizzati per comprendere come gli utenti interagiscono con il Servizio.

Sono poi elencate sommariamente le attività per cui le descritte tipologie di dati vengono trattati: la prestazione e il mantenimento del Servizio, lo sviluppo e la ricerca per il miglioramento del Servizio nonché per lo sviluppo di nuovi programmi e funzionalità e, infine, per la prevenzione di frodi e per l’adempimento di obblighi di legge.

Viene chiarito che le informazioni, aggregate o de-identificate (non usano, si ritiene volutamente, l’espressione pseudonomizzate) sono utilizzate per allenare il Servizio, indicando, al contempo, le modalità per escludere tale possibilità nei termini di cui al punto 6 del provvedimento del Garante.

Nell’informativa si rappresenta che i dati possono essere forniti a soggetti che forniscono servizi (“Vendors and Service Providers”), ivi inclusi fornitori di servizi hosting, cloud e email, nonché nell’ambito di operazioni e transazioni commerciali e ove previsto dalla legge (“Legal Requirments”). I dati potranno inoltre essere ceduti ad entità affiliate (“Affiliates”) che sono controllate e operano sotto il controllo di OpenAI e che in quanto tali rispettano l’informativa.

Vengono espressamente riconosciuti i diritti di accesso, cancellazione, rettifica, portabilità, revoca del consenso (ai trattamenti che si basano sul consenso) e diritto di opposizione (ai trattamenti svolti sulla base del legittimo interesse) che possono essere esercitati inviando una mail espressamente prevedendo in caso di riscontro inesatto (che considerano espressamente) un ulteriore form (con riscontro umano deve presumersi).

Già in questa sede viene richiamata l’attenzione sull’uso della piattaforma riservato ai maggiori di 13 anni, sebbene ancora non sia previsto un efficace strumento per verificare l’età (il termine assegnato per tale adempimento è il 30 maggio).

Sui tempi di conservazione dei dati vengono genericamente indicati i parametri che possono incidere sulla relativa determinazione: esecuzione del contratto (fintanto che permane la relazione contrattuale) e per il tempo consentito per il legittimo interesse o per quello necessario per difendersi in giudizio o, ancora, per adempimento di obblighi di legge.

L'informativa si chiude con l'indicazione per gli utenti stabiliti nello Spazio Economico Europeo e nel Regno Unito della base giuridica per il trattamento distinto tra l'esecuzione del contratto, in relazione al trattamento dei dati per la gestione dell'account, legittimo interesse, in relazione ai dati trattati per la prevenzione di frodi e della sicurezza, consenso, in relazione a non meglio specificati trattamenti che saranno comunicati (non è chiarito in quale momento), e adempimento di un obbligo di legge, ove espressamente previsto dalla legge.

Agli utenti dello Spazio Economico Europeo e del Regno Unito è altresì comunicato che è designato referente VeraSafe, con sede in Irlanda.

In seguito alla pubblicazione della descritta informativa è stato ripristinato l'accesso agli utenti italiani.

Deve rilevarsi come l'introduzione della nuova informativa, effettivamente accessibile agli utenti anche prima dell'inizio della procedura di iscrizione, non sia stato accompagnato da un adeguato e idoneo meccanismo di acquisizione del consenso² che, quindi, risulta di fatto non validamente prestato. Al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali assume un ruolo cruciale un approccio volto a rafforzare la cd. granularità del consenso. In base ad esso, le disposizioni del GDPR ed in particolare le norme afferenti al ruolo del consenso liberamente prestato da parte dell'interessato costituiscono, infatti, il presupposto per gli scambi tra dati personali ed altre prestazioni, nonché per il trattamento dei dati per finalità ulteriori rispetto a quelle afferenti l'esecuzione della prestazione principale³.

3. Il difficile rapporto tra informativa e IA

Il problema della trasparenza contrattuale e dell'informativa sul trattamento dei dati sollevato dal Garante per la protezione dei dati personali,

² La procedura di iscrizione è stata svolta il 6 maggio 2023.

³ Cfr.: G. Resta, V. Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, p. 430 e ss.; A. De Franceschi, *La circolazione dei dati personali tra privacy e contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017, p. 9 e 67 e ss..

prima autorità di controllo europeo ad aver attenzionato il tema rispetto a ChatGPT, è evidentemente nevralgico per le sue implicazioni sul settore dell'intelligenza artificiale.

Più volte è stato detto, infatti, dell'impossibilità di prevedere *ex ante* tutti i possibili utilizzi dei dati personali degli utenti, in ragione del costante progresso che assiste questa tecnologia e della relativa impossibilità di governare la circolazione dei dati.

Gli obblighi informativi costituiscono uno dei pilastri del trattamento dei dati, essendo sempre e comunque richiesto che l'interessato venga reso edotto della disponibilità dei suoi dati personali, sia quando conferisce direttamente i dati al titolare, sia quando quest'ultimo acquisisce da terzi i dati⁴. A tali obblighi sono soggetti, salvo casi eccezionali, tutti i titolari di trattamento, pubblici e privati.

Specie dopo la sopra illustrata dilatazione degli spazi di legittimazione del trattamento, l'informativa ha assunto un ruolo ancora più centrale nell'architettura della protezione dei dati personali e il fondamento per l'esercizio dei diritti dell'interessato, che attraverso l'informativa apprende le informazioni essenziali per l'esercizio dei suoi diritti.

Come osservato nelle *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data* (di seguito anche "*Guidelines*")⁵, adottate il 27 gennaio 2017 dal Committee of the convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data del Consiglio europeo, quanto nella *Convention for the pro-*

⁴ Il GDPR individua due tipologie di informative, rispettivamente: *i*) all'art. 13, da rendersi al momento dell'acquisizione dei dati direttamente dall'interessato, e *ii*) all'art. 14, da rendersi se i dati sono stati acquisiti da un soggetto diverso dell'interessato (alternativamente da un altro titolare, c.d. informativa "indiretta", o da fonti pubblicamente accessibili, quali pagine web, pubblici registri o fonti istituzionali, c.d. informativa "successiva") entro trenta giorni dall'acquisizione dei dati (par. 3, lett. a) o, se i dati sono destinati alla comunicazione con l'interessato, al più tardi al momento della prima comunicazione con il soggetto interessato.

⁵ Consultative Committee of the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data, *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data*, T-PD(2017)01, 27 gennaio 2017. Come evidenziato nelle premesse delle *Guidelines* queste si limitano a declinare i principi generali sanciti dal nuovo Regolamento in materia di trattamento dei dati personali nello specifico contesto dei Big Data.

tection of individuals with regard to the processing of personal data (di seguito anche “Convention 108+”)⁶ e nelle Linee Guida elaborate dal Gruppo di Lavoro Articolo 29, c.d. WP29, relative alla trasparenza⁷ e ai processi decisionali automatizzati relativi alle persone fisiche e alla profilazione⁸, viene sottolineata l’importanza che gli interessati siano adeguatamente informati sulle modalità di impiego dei propri dati personali nell’ambito dei processi elaborativi legati all’utilizzo dell’IA.

Così la Convention 108+ esplicita agli articoli 8 e 9 che i processi di elaborazione dei dati debbano essere trasparenti, nel senso che gli interessati devono essere messi a conoscenza dell’identità del soggetto o dei soggetti che tratteranno i dati, della base legale, se consenso o altro, delle tipologie di dati personali e dei potenziali destinatari dei dati e delle elaborazioni⁹.

Del pari, le *Guidelines* prevedono che all’interessato siano illustrati i rischi legati all’utilizzo dei propri dati mediante tecnologie di IA, così da evitare che vengano sottoposti ad un trattamento che risulti in qualche modo non prevedibile o inappropriato. Ciò, anche mediante la condivisione con gli interessati degli aspetti più rilevanti delle valutazioni d’impatto dei trattamenti sottesi che possono meglio chiarire modalità e termini dei trattamenti¹⁰.

⁶ Council of Europe, *Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data*, as amended by the Protocol CETS No. 223 18 May 2018.

⁷ Working Party 29, *Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679*, adopted on 29 November 2017 as last revised and adopted on 11 April 2018, WP260 rev.01, disponibili anche in italiano.

⁸ Working Party 29, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, adopted on 3 October 2017 as last revised and adopted on 6 February 2018, WP 251 rev.01, disponibili anche in italiano.

⁹ Si sottolinea come tali principi non siano propri della sola legislazione europea in materia. A mero titolo esemplificativo si richiama la *Guide to Big Data and the Australian Privacy Principles* dell’Ufficio del commissario australiano per l’informazione del 2016. In tale documento si afferma che: «*le informative sulla protezione dei dati personali devono comunicare le informazioni relative alle prassi applicate in maniera chiara e semplice, nonché esaustiva e con sufficiente specificità da poter essere significative. La stessa tecnologia che porta a una maggiore raccolta di informazioni personali offre anche l’opportunità di realizzare informative sulla protezione dei dati più dinamiche, a più livelli e incentrate sull’utente*».

¹⁰ Sul punto si veda D. Mula, *Elaborazione e sfruttamento dei dati mediante algoritmi*, in A.M. Gambino, A. Stazi (a cura di), *La circolazione dei dati*, Pacini Giuridica, p. 135.

Le Linee Guida sui processi decisionali automatizzati sottolineano l'importanza che l'informativa rechi, oltre alle informazioni generali di cui gli articoli 13 e 14 del GDPR, il chiaro monito all'interessato che il trattamento per applicazioni di IA implica la sua profilazione e l'adozione, da parte del titolare, di decisioni basate sul profilo generato.

Il considerando 60 afferma, infatti, che fornire informazioni sulla profilazione fa parte degli obblighi di trasparenza del titolare del trattamento ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, lettera a) GDPR e che l'interessato ha diritto di essere informato dal titolare del trattamento e, in alcune circostanze, gode di un diritto di opposizione alla "profilazione", indipendentemente dal fatto che abbia luogo un processo decisionale unicamente automatizzato relativo alle persone fisiche.

Quanto alle modalità con cui le informazioni devono essere rese, le Linee Guida sulla trasparenza chiariscono che devono risultare "*Concise, trasparenti, intelligibili e facilmente accessibili*", ossia che devono essere rese in maniera efficace e succinta, con un linguaggio semplice e chiaro, comprensibile per l'interessato medio cui si rivolge¹¹ e che, come anche prescritto dal Garante, devono essere consultabili prima dell'inizio del trattamento.

Già nell'ambito della precedente ricerca condotta nell'ambito dell'indagine conoscitiva in materia di Big Data congiuntamente tra l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, è emerso che oltre il 50% degli utenti legge solo in parte le informative e

¹¹ Ad esempio, se il bene o servizio offerto ha come target di riferimento i minorenni il titolare dovrebbe accertare che il lessico, il tono e lo stile utilizzati siano adeguati ai minori e per loro comprensibili, così che il minore destinatario delle informazioni si renda conto che il messaggio o l'informazione sono diretti a lui. Secondo il considerando 38 GDPR «[i] minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali». Il considerando 58 afferma che «[d]ato che i minori meritano una protezione specifica, quando il trattamento dati li riguarda, qualsiasi informazione e comunicazione dovrebbe utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente». Un esempio di un codice di condotta che tratta di marketing nei confronti dei minori è quello prodotto da FEDMA, Codice di condotta - relazione, disponibile (in inglese) all'indirizzo: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf>.

che oltre il 30% non le legge affatto¹². Inoltre, è emerso, che nonostante il GDPR prescriva l'utilizzo di un linguaggio chiaro e semplice – in tal senso si veda il considerando n. 39¹³ –, un'ampia maggioranza del campione considera che le informazioni fornite possono risultare poco chiare.

In questo contesto, l'asimmetria informativa tra titolari e interessati è acuita dalla circostanza che questi ultimi non hanno a disposizione tutte le informazioni di cui avrebbero bisogno per prendere una scelta informata, ma molti dei comportamenti, per essere efficienti, presupporrebbero un grado di conoscenza tecnica che va molto al di là delle competenze diffuse tra la popolazione¹⁴.

¹² V. Agcom, *Big data Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, 8 giugno 2018, p. 4.

¹³ GDPR, *considerando n. 39*: «Qualsiasi trattamento di dati personali dovrebbe essere lecito e corretto. Dovrebbero essere trasparenti per le persone fisiche le modalità con cui sono raccolti, utilizzati, consultati o altrimenti trattati dati personali che le riguardano nonché la misura in cui i dati personali sono o saranno trattati. Il principio della trasparenza impone che le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento di tali dati personali siano facilmente accessibili e comprensibili e che sia utilizzato un linguaggio semplice e chiaro. Tale principio riguarda, in particolare, l'informazione degli interessati sull'identità del titolare del trattamento e sulle finalità del trattamento e ulteriori informazioni per assicurare un trattamento corretto e trasparente con riguardo alle persone fisiche interessate e ai loro diritti di ottenere conferma e comunicazione di un trattamento di dati personali che le riguardano. È opportuno che le persone fisiche siano sensibilizzate ai rischi, alle norme, alle garanzie e ai diritti relativi al trattamento dei dati personali, nonché alle modalità di esercizio dei loro diritti relativi a tale trattamento. In particolare, le finalità specifiche del trattamento dei dati personali dovrebbero essere esplicite e legittime e precisate al momento della raccolta di detti dati personali. I dati personali dovrebbero essere adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario per le finalità del loro trattamento. Da qui l'obbligo, in particolare, di assicurare che il periodo di conservazione dei dati personali sia limitato al minimo necessario. I dati personali dovrebbero essere trattati solo se la finalità del trattamento non è ragionevolmente conseguibile con altri mezzi. Onde assicurare che i dati personali non siano conservati più a lungo del necessario, il titolare del trattamento dovrebbe stabilire un termine per la cancellazione o per la verifica periodica. È opportuno adottare tutte le misure ragionevoli affinché i dati personali inesatti siano rettificati o cancellati. I dati personali dovrebbero essere trattati in modo da garantirne un'adeguata sicurezza e riservatezza, anche per impedire l'accesso o l'utilizzo non autorizzato dei dati personali e delle attrezzature impiegate per il trattamento.».

¹⁴ Sul punto v. G. Noto La Diega, I. Walden, *Contracting for the "Internet of Things": Looking into the Nest* (February 1, 2016), Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 219/2016, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2725913>. In

La preliminare selezione dei dati da far affluire al trattamento - in attuazione rigorosa del principio della loro minimizzazione - e la cernita preventiva delle sole informazioni personali destinate a esserne oggetto possono anzi favorire una più consapevole espressione del consenso, invertendo, nella prassi, la diffusa tendenza a relegarlo ad adempimento formale e di *routine* nelle molteplici occasioni della vita quotidiana.

A riguardo deve richiamarsi quella parte della dottrina che afferma che le informazioni non debbano essere date solo sulle modalità di trattamento, ma che uno specifico onere informativo esista anche in ordine alle modalità di funzionamento dell'algoritmo, o che, quantomeno, esista uno specifico diritto degli interessati in tal senso, c.d. *right to explanation*, ricostruibile in via ermeneutica a partire dall'articolo 15¹⁵ del GDPR che statuisce il diritto di accesso degli interessati¹⁶. Muovendo da tale ricostruzione i fautori di questa tesi giungono a definire un nuovo concetto di trasparenza in termini di *legibility*, da intendersi quale capacità degli interessati di capire autonomamente i dati e i parametri presi in considerazione dal titolare nelle sue elaborazioni¹⁷.

particolare, gli A. osservano come per ricostruire la catena dei trattamenti correlati all'utilizzo degli apparati di domotica *Nest* sarebbe necessario un enorme sforzo e la lettura di differenti contratti, circostanza che evidentemente pregiudica la piena comprensione del trattamento sotteso all'utilizzo del prodotto. In tema si veda anche Sul punto si veda D. Mula, *Elaborazione e sfruttamento dei dati mediante algoritmi*, in *op. cit.*, p. 141 e 142.

¹⁵ Sul punto si rinvia a A.M. Gambino, M. Siragusa, *Sub art. 15*, in R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta (a cura di), *Codice della privacy e della data protection*, Giuffrè, 2021.

¹⁶ Cfr. G. Malgieri, G. Comandè, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3088976>, p. 4. Sul punto si veda, in senso opposto, S. Wachter, B. Mittelstadt, L. Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2903469>, p. 6.

Sul punto si vedano anche le "Guidelines 01/2022 on data subject rights - Right of access" adottate dall'EDPB il 28 marzo 2023.

¹⁷ Cfr. G. Malgieri, G. Comandè, *op. cit.*, p. 4: «*legibility means the capability of individuals to autonomously understand data and analytics algorithms, with a concrete comprehension of methods and data used. In other terms, legibility of data and analytics algorithms is a concept able to combine comprehensibility of the algorithm functioning (for*

Volendo riportare i sopra citati principi all’informativa resa da OpenAI per ChatGPT risulta che le indicazioni fornite non sono particolarmente precise e dettagliate, specie avendo a mente gli elevati standard richiesti ordinariamente dal Garante nazionale.

4. Le verifiche sulle modalità di trattamento dei dati e prospettive di riforma del quadro normativo

La legittimità dell’istanza di accesso ai parametri di elaborazione assunti dagli algoritmi è stata riconosciuta nel nostro ordinamento con riferimento alle ipotesi di impiego di algoritmi in procedimenti amministrativi, in quanto soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all’organo pubblico, titolare del potere.¹⁸

In particolare il Consiglio di Stato dell’8 aprile 2020, n. 2270, ha riconosciuto che « *Posto che l’algoritmo a cui una amministrazione affidi un proprio processo decisionale deve essere considerato a tutti gli effetti un atto amministrativo informatico, ne deriva che tale algoritmo deve essere conoscibile - con riferimento ai suoi autori, al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti - e soggetto alla cognizione e al sindacato del giudice amministrativo*». ¹⁹

which we will use the term ‘architecture’) with transparency about the commercial use of that algorithm (for which we will use the term ‘implementation’) in an effective way».

¹⁸ In tal senso Consiglio di Stato, sez. VI , sentenza del 13 dicembre 2019 , n. 8472, in *Foro it.*, 2019, 11, III, p. 606.

¹⁹ Già il Tar del Lazio nella sentenza del 21 marzo 2017, n. 3742 osservava sulla fondatezza dell’istanza di accesso e conoscibilità dell’algoritmo impiegato da una Pubblica Amministrazione che «*la scelta di procedere per mezzo dell’algoritmo ai fini della mobilità è stata assunta da parte del M.I.U.R. proprio al fine di una più razionale e agevole gestione della procedura di cui trattasi che, altrimenti, l’amministrazione avrebbe dovuto gestire in modo “tradizionale”*; il ricorso e l’utilizzo a uno strumento innovativo, quale è quello del programma informatico, per soddisfare le predette esigenze proprie dell’amministrazione procedente non può, pertanto, riverberarsi in senso limitante dell’ampiezza del potere di accesso degli interessati dalla procedura stessa». Sulla sentenza si veda FORGIONE I., *Il caso dell’accesso al software MIUR [Ministero dell’Istru-*

Traslando il ragionamento operato dal Giudice amministrativo al trattamento dei dati personali, risulta che l'impostazione data dal titolare si traduce in comandi algoritmici per la gestione degli stessi e che a questi si possa accedere al fine di valutare la sussistenza di eventuali indicazioni arbitrarie, discriminatorie o comunque "eterodosse".

Al fine di determinare se un "trattamento svolto tramite impiego di algoritmo" è conforme alla disciplina in materia di trattamento dei dati personali deve, quindi, ritenersi legittima l'istanza di verifica, in concreto, delle attività svolte sia in relazione alla base giuridica dichiarata che rispetto all'eventuale ambito di consenso prestato dall'interessato, ivi incluso l'eventuale esercizio del diritto di opposizione alle decisioni automatizzate di cui all'articolo 22 del GDPR.²⁰

In questo senso deve essere letto anche il richiamo, contenuto nelle raccomandazioni alla Commissione europea concernenti norme di diritto civile sulla robotica²¹, all'esigenza di sicurezza e verifica dei processi decisionali automatizzati e algoritmici in ragione del loro impatto sulla vita privata derivante dalle scelte che, attraverso questi sistemi, possono essere compiute da enti pubblici e soggetti privati.

Così, mentre parte della dottrina²² ha richiamato l'esigenza di trasparenza per poter intervenire su eventuali errori di programmazione, tale conoscibilità rileva, altresì, ai fini di garantire il rispetto dei diritti riconosciuti alla persona²³.

Certo, alla luce di quanto sopra osservato rispetto agli elementi di cui si compone un algoritmo, deve ritenersi che la verifica possa essere svolta esclusivamente sui dati oggetto di trattamento e le relative finalità. In questo senso pare debba essere letto la lettera f, dell'articolo 13 del GDPR nella

zione, dell'Università e della Ricerca] per l'assegnazione dei docenti, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, pp. 647-662.

²⁰ Sul punto si veda G. Biferali, *Big data e valutazione del merito creditizio per l'accesso al peer to peer lending*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2018, p. 487.

²¹ Risoluzione del Parlamento Europeo del 27 gennaio 2017 recante le raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, 2015/2103(INL)

²² Cfr. A. Ottolia, *Big Data e innovazione computazionale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 7 ss. e p. 134 ss.

²³ Cfr. G. Maligneri, G. Comandè, *op. cit.*, 15.

parte in cui declina l'onere informativo rispetto alla «*logica utilizzata*» nel processo decisionale. Una diversa lettura potrebbe, d'altronde, legittimare le istanze dei privati a veder tutelati gli investimenti sostenuti per l'elaborazione degli algoritmi²⁴.

In questo senso, deve del pari ritenersi che il diritto di accesso di cui all'articolo 15 del GDPR, trovi un limite nei diritti del titolare di non svelare tutti i passaggi computazionali dell'algoritmo impiegato per l'elaborazione effettuata, atteso che il “segreto” costituisce la migliore protezione possibile, anche rispetto alle forme di privative tradizionali del diritto d'autore e del brevetto, sia rispetto agli algoritmi che con riferimento ai loro prodotti.²⁵

Resta da capire se il Garante italiano deciderà di andare avanti da solo (considerando che OpenAI non è stabilito in un nessuno Stato membro) o se la tematica sarà affrontata direttamente dall'EDPB che ha recentemente istituito una task force che si occupi della questione²⁶.

Infine, una considerazione sulle proposte di modiche normative in discussione in Europa che non appaiono idonee a risolvere la questione della completezza e chiarezza dell'informativa da rendere rispetto ai servizi che si basano sull'intelligenza artificiale. In particolare, deve osservarsi come nella “*Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*”²⁷, noto come “IA act”, non ci siano previsioni dedicate a modalità specifiche sulle informazio-

²⁴ *Ibidem*, p. 25-26.

²⁵ In questo senso si esprime anche A. Ottolia, *op. cit.*, p. 70. Sul punto anche E. Prosperi, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziari. un'analisi a partire da due pronunce del Tar Lazio*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2019, 4, p. 985 ss., il quale si domanda «*se l'ordine di esibizione/ispezione o, comunque, l'ordine di produrre il documento in base all'accesso amministrativo, secondo gli istituti sopra esaminati, nei casi in cui si tratti di materiale coperto da diritto d'autore, debba menzionare il fatto che il documento/materiale è protetto da diritti e viene dunque utilizzato in virtù di una eccezione o, comunque, in deroga al medesimo, ponendo, ad esempio, limitazioni all'utilizzo*».

²⁶ Si veda comunicato stampa dell'EDPB del 13 aprile 2023, https://edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-resolves-dispute-transfers-meta-and-creates-task-force-chat-gpt_en

²⁷ *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, COM(2021) 206 final 2021/0106(COD)

ni da rendere per i servizi che impiegano l'intelligenza artificiale, al contrario indica, all'art. 29, par. 6, che *“Gli utenti di sistemi di IA ad alto rischio usano le informazioni fornite a norma dell'articolo 13 per adempiere al loro obbligo di effettuare una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati a norma dell'articolo 35 del regolamento (UE) 2016/679 o dell'articolo 27 della direttiva (UE) 2016/680, ove applicabile”*.

Sicuramente alla luce di questo caso specifico deve ritenersi che la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale, risalente al 2021, debba essere rivista prima della sua adozione, se non altro per non essere adottata già con una rilevante lacuna normativa.

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

Numeri Speciali

- 2016** **LO STAUTO ETICO GIURIDICO DEI CAMPIONI BIOLOGICI UMANI**
a cura di **Dario Farace**
- 2017** **IL MERCATO UNICO DIGITALE**
a cura di **Gianluca Contaldi**
- 2018** **LA RICERCA SU MATERIALI BIOLOGICI DI ORIGINE UMANA:
GIURISTI E SCIENZIATI A CONFRONTO**
a cura di **Alberto M. Gambino, Carlo Petrini e Giorgio Resta**
- 2019** **LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE TRA SVILUPPI RECENTI
E PROSPETTIVE FUTURE**
a cura di **Alessio Persiani**

La rivista “Diritto Mercato Tecnologia” intende fornire un costante supporto di aggiornamento agli studiosi e agli operatori professionali nel nuovo scenario socio-economico originato dall’interrelazione tra diritto, mercato e tecnologia, in prospettiva interdisciplinare e comparatistica. A tal fine approfondisce, attraverso studi nei settori privatistici e comparatistici, tematiche afferenti in particolare alla proprietà intellettuale, al diritto antitrust e della concorrenza, alle pratiche commerciali e alla tutela dei consumatori, al biodiritto e alle biotecnologie, al diritto delle comunicazioni elettroniche, ai diritti della persona e alle responsabilità in rete.

